

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

CJCE, aff. C-205/06, Commission c. Autriche, 3 mars 2009 ; CJCE, aff. C-249/06, Commission c. Suède, 3 mars 2009 (Note sous)

Adam, Stanislas

Published in:
Revue des affaires européennes

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Adam, S 2010, 'CJCE, aff. C-205/06, Commission c. Autriche, 3 mars 2009 ; CJCE, aff. C-249/06, Commission c. Suède, 3 mars 2009 (Note sous)', *Revue des affaires européennes*, Numéro 1, p. 143-152.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CJCE (gde. ch.), 3 mars 2009, Commission/Autriche

CJCE (gde. ch.), 3 mars 2009, Commission/Suède

Aff. C-205/06 et C-249/06

ACCORDS BILATÉRAUX CONCLUS PAR LES ETATS MEMBRES AVANT LEUR ADHÉSION – LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX ET DES PAIEMENTS AVEC DES PAYS TIERS – CLAUSE DE TRANSFERT DES CAPITAUX LIÉS AUX INVESTISSEMENTS – INCOMPATIBILITÉ AVEC LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Stanislas ADAM¹, *Aspirant du Fonds de la Recherche Scientifique – Flandre (F.W.O.)*
Université de Gand (Europees Instituut)

Le droit communautaire – depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, de l'Union – promeut la libre circulation des capitaux et des paiements, non seulement entre les Etats membres, mais aussi – et c'est une originalité au regard des autres libertés – vis-à-vis des Etats tiers². La Communauté n'a toutefois quasiment pas exercé la compétence qu'elle détient pour réguler les mouvements de capitaux et les paiements à destination ou en provenance de pays tiers³. Les arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède*, qui font l'objet du présent commentaire, traitent du paradoxe face auquel se trouvent les Etats membres qui ont conclu, avant le 1^{er} janvier 1958 ou, pour les Etats adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, des accords internationaux avec des Etats tiers, garantissant aux investisseurs des deux parties le libre transfert, sans retard indu, des capitaux liés à leurs investissements : si de tels accords bilatéraux et les clauses de transfert qu'ils contiennent contribuent à la libre circulation des capitaux et des paiements avec des pays tiers, imposée aux Etats membres par le traité CE, ils n'envisagent pas, en revanche, l'hypothèse dans laquelle la Communauté déciderait à l'avenir d'introduire des

restrictions à cette liberté. La Commission reprochait précisément à l'Autriche et à la Suède de ne pas avoir renégocié leurs accords bilatéraux d'investissement, en vue de ménager la prévalence et l'effectivité de telles restrictions, au cas où le Conseil déciderait de les adopter. L'enjeu des procédures en manquement déclenchées par la Commission était donc de savoir si, en n'envisageant pas l'hypothèse d'une incompatibilité future entre un accord bilatéral et une norme de droit dérivé qui n'a pas encore été adoptée, ces deux Etats membres avaient sérieusement compromis l'exercice par la Communauté de ses compétences et, de cette manière, méconnu l'obligation de renégociation contenue à l'article 307, alinéa 2, CE⁴.

Ces arrêts s'inscrivent dans un contexte particulièrement sensible, et ce pour deux raisons au moins. Premièrement, les Etats membres sont tous signataires de plusieurs centaines d'accords qui comprennent également des clauses sur le libre transfert des capitaux liés aux investissements, à l'instar des accords conclus par l'Autriche et la Suède examinés en l'espèce⁵. Or, ces accords présentent une importance écono-

¹ L'auteur est également collaborateur extérieur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur (centre de recherche Projucit).

² Art. 56 CE (art. 63 TFUE).

³ Art. 57, §2 CE (art. 54, §2 TFUE); art. 59 CE (art. 66 TFUE); art. 60 CE (art. 75 TFUE).

⁴ Cette disposition est, en substance, reprise à l'article 351 TFUE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

⁵ Une base de données des accords bilatéraux d'investissement en vigueur est disponible sur le site Internet de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (C.N.U.C.E.D.): www.unctadxi.org/templates/docsearch____779.aspx.

mique de premier plan, tant pour les investisseurs étrangers que pour les investisseurs établis au sein de l'Union européenne. Deuxièmement, les institutions de l'Union entendent se ménager la faculté de restreindre efficacement, et dans les plus brefs délais, les flux de capitaux avec un Etat tiers, par exemple lorsque ce dernier fait l'objet de mesures de sanction décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Les recours en manquement de la Commission ne paraissent ainsi pas étrangers à la mise en doute croissante des effets bénéfiques d'une complète liberté de circulation des capitaux et des paiements à destination ou en provenance des Etats tiers⁶.

I. | Les recours en manquement de la Commission

L'Autriche et la Suède ont conclu plusieurs accords bilatéraux d'investissement avant leur adhésion à l'Union européenne, le 1^{er} janvier 1995. Ces accords contiennent systématiquement une clause indiquant que chaque partie garantit aux investisseurs de l'autre partie, sans retard indu, le libre transfert en monnaie librement convertible des paiements en rapport avec un investissement⁷. Selon la Commission, cette obligation était susceptible de faire échec à l'application immédiate des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements avec les pays tiers que le Conseil peut adopter en vertu du traité CE. Le délai indispensable à la dénonciation ou à la renégociation des accords en cause aurait en effet pour conséquence d'obliger les Etats concernés, en vertu du droit international, à continuer à

appliquer ces accords dans l'intervalle, et plus particulièrement leur clause de transfert⁸. La Commission estima que l'Autriche et la Suède n'avaient pas recouru aux moyens appropriés pour remédier à cette situation, par exemple en négociant l'inscription dans ces accords d'une clause de non-affectation des obligations découlant du droit communautaire, et ainsi manqué aux obligations découlant de l'article 307, alinéa 2, CE. L'Autriche et la Suède n'ayant pas entièrement donné satisfaction aux attentes formulées par la Commission dans ses avis motivés⁹, ces deux Etats furent attirés devant la Cour de justice¹⁰. Au cours de la procédure orale, la Commission ajouta que le comportement de ces Etats membres était incompatible avec l'obligation de coopération loyale inscrite à l'article 10 CE¹¹.

Pour leur défense, l'Autriche et la Suède avançaient principalement qu'aucune incompatibilité matérielle n'existait pour l'heure entre leurs accords bilatéraux d'investissement et les dispositions du Traité confiant au Conseil une compétence pour imposer des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements à destination ou en provenance de pays tiers. Selon eux, la seule circonstance que ces accords ne prévoient pas expressément une exception au principe du libre transfert en cas d'exercice par le Conseil de cette compétence ne porte nullement atteinte à la faculté qu'a ce dernier de l'exercer malgré tout. Il en va d'autant plus ainsi qu'une solution consensuelle est envisageable avec les tiers concernés, sur la base du mécanisme de règlement

⁶ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment – The Scope of Protection in EU Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 41.

⁷ En principe, ces accords prévoient que chacune des parties contractantes autorise le transfert en monnaie librement convertible: a) des revenus de tout investissement effectué par un investisseur de l'autre partie contractante, y compris notamment, mais non exclusivement, les revenus en capital, bénéfices, intérêts, dividendes, licences, redevances et *royalties*; b) du produit de la liquidation totale ou partielle d'un investissement effectué par un investisseur de l'autre partie contractante; c) des montants remboursés sur les prêts que les deux Parties contractantes auront reconnus comme étant des investissements; et d) des rémunérations des personnes qui, sans être ressortissants de la partie contractante, auront été autorisées à travailler sur son territoire en liaison avec un investissement, ainsi que des autres montants destinés à couvrir les frais liés à la gestion de l'investissement.

⁸ V. déjà, pour un constat de ce que l'application du traité CE n'affecte pas l'engagement de l'Etat membre concerné de respecter les droits des Etats tiers résultant d'une convention antérieure, et d'observer ses obligations correspondantes, CJCE, 27 février 1962, *Commission/Italie*, aff. 10/61, *Rec.* p. 22; CJCE, 14 octobre 1980, *Burgos*, aff. 812/79, *Rec.* p. 2787, point 8; CJCE, 4 juillet 2000, *Commission/Portugal*, aff. C-84/98, *Rec.* p. I-5215, point 53; CJCE, 18 novembre 2003, *Budijovický Budvar*, aff. C-216/01, *Rec.* p. I-13617, points 144 et 145.

⁹ Tout au plus l'Autriche, quoique niant l'existence de toute incompatibilité, avait-elle indiqué, lors de la révision de son modèle d'accord d'investissement bilatéral, qu'elle veillerait à y introduire une clause «O.I.E.R.» (organisations d'intégration économique régionale), en vue d'éviter les conflits avec les obligations découlant du Traité.

¹⁰ Il convient de souligner que, même si l'article 307 CE, devenu aujourd'hui l'article 351 TFUE, n'évoque que les incompatibilités «au traité», l'interdiction qu'il énonce porte également sur les incompatibilités avec des normes prises par les institutions (v. par ex. l'arrêt *Commission/Portugal*, préc.).

¹¹ Art. 4, §3 TUE.

des conflits entre parties prévu par les accords bilatéraux d'investissement¹².

Dans ses conclusions communes présentées le 10 juillet 2008, l'Avocat général POIARES MADURO estimait qu'aucune obligation spécifique ne pèse immédiatement sur les Etats membres en vertu des articles 57, 59 et 60 CE, en l'absence de mesures prises par le Conseil pour leur mise en œuvre. Toutefois, l'absence de renégociation des accords bilatéraux d'investissement en question, en vue de rendre possible, en vertu du droit international public, une mise en œuvre immédiate d'éventuelles mesures communautaires portant restriction à la libre circulation des capitaux et aux paiements avec l'un ou l'autre des pays tiers qui les ont conclus, pose bel et bien un problème au regard de l'article 307, alinéa 2, CE. L'Avocat général trace un parallèle intéressant entre cette solution et l'interdiction faite aux Etats membres de prendre des dispositions de nature à «*compromettre sérieusement*» le résultat prescrit par une directive, avant même l'expiration de son délai de transposition¹³. Nous y reviendrons plus loin.

II. L'incompatibilité des clauses de transfert avec l'effectivité de futures restrictions à la libre circulation des capitaux et aux paiements à destination ou en provenance de pays tiers

Dans ses arrêts prononcés le 3 mars 2009, la Cour de justice commence par indiquer que l'obligation de renégociation contenue à l'article 307, alinéa 2, CE suppose d'abord et avant tout l'identification d'une incompatibilité entre un accord international conclu par un Etat membre et le traité CE. Or, pour assurer un effet utile à la compétence du Conseil de restreindre les mouvements de capitaux et les paiements entre les Etats membres et les Etats tiers, il est nécessaire que des mesures prises au titre de cette compétence puissent être

immédiatement appliquées à l'égard des Etats qu'elles concernent¹⁴. La Cour poursuit en indiquant que, d'une part, les délais inhérents à toute négociation internationale en vue de rediscuter les accords bilatéraux à l'examen sont «*par nature incompatibles avec l'effet utile de ces mesures*»¹⁵, et que, d'autre part, la possibilité d'avoir recours à la suspension ou à la dénonciation des accords en cause ou de certaines de leurs stipulations est trop incertaine dans ses effets pour garantir que les mesures prises par le Conseil pourraient être utilement appliquées¹⁶. Il s'ensuit qu'un accord international d'investissement n'est pas compatible avec le droit communautaire lorsqu'il ne prévoit pas de disposition permettant à l'Etat membre qui y est partie d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté et que, au surplus, aucun mécanisme de droit international ne le permet non plus. Dès lors que ni la Suède, ni l'Autriche, n'ont entamé, dans le délai imparti par la Commission dans son avis motivé, les démarches nécessaires avec les Etats tiers concernés en vue d'éliminer le risque de conflit avec les mesures que le Conseil pourrait être appelé à prendre, ces deux Etats membres ont manqué aux obligations qui leur incombent en vertu de l'article 307, alinéa 2, CE¹⁷. La Cour a, depuis lors, confirmé cette solution¹⁸.

¹⁴ CJCE, 3 mars 2009, *Commission/Autriche*, aff. C-205/06, nep, point 36; CJCE, 3 mars 2009, *Commission/Suède*, aff. C-249/06, nep, point 37.

¹⁵ Ceci relativise quelque peu la règle contenue en creux à l'article 307, paragraphe 2, CE, selon laquelle un accord international qui tombe sous le coup de cette disposition et qui est incompatible avec le droit communautaire jouit d'une «*validité provisoire*». V. sur ce dernier point, J.-V. LOUIS, «*Les accords antérieurs conclus par les Etats membres et le droit communautaire*», in J.-V. LOUIS et M. DONY (dir.), *Commentaire Mégret. Le droit de la CE et de l'Union européenne. Les relations extérieures*, vol. 12, Bruxelles, Ed. de l'U.L.B., 2^e éd., 2005, p. 208.

¹⁶ Points 39 et 40 de l'arrêt *Commission/Autriche* et points 40 et 41 de l'arrêt *Commission/Suède*.

¹⁷ A cet égard, l'intention exprimée par l'Autriche d'insérer une clause «*O.I.E.R.*» dans ses futurs accords bilatéraux d'investissement n'a pas été jugée suffisante par la Cour, même si cette dernière admet qu'une telle clause «*devrait, en principe, [...] être considérée comme de nature à faire disparaître l'incompatibilité constatée*» (point 42 de l'arrêt *Commission/Autriche*).

¹⁸ CJCE, 19 novembre 2009, *Commission/Finlande*, aff. C-118/07, nep. Une procédure en manquement avait également été entamée contre le Danemark, mais a été clôturée suite à la notification par cet Etat membre d'une déclaration portant dénonciation des accords bilatéraux d'investissement mis en cause.

¹² V. par ex. l'accord signé à Vienne le 14 mars 1991 entre la République de Corée et la République d'Autriche, relatif à l'encouragement et à la promotion des investissements, art. 9.

¹³ CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec. p. I-7411*, point 45.

Il est intéressant de constater que la Cour de justice n'a pas jugé suffisante la faculté qu'avaient l'Autriche et la Suède de suspendre l'application des accords bilatéraux d'investissement conclus avec des tiers, voire de les dénoncer, si cela s'avérait nécessaire à la mise en œuvre d'une mesure décidée par le Conseil en vue de réguler les mouvements de capitaux et les paiements liés aux investissements directs étrangers. Cette attitude, justifiée par le caractère incertain des effets liés à de telles mesures, reflète néanmoins le souhait de la Cour de promouvoir une interprétation des obligations découlant du droit communautaire qui rencontre au mieux le principe *pacta sunt servanda*, dont elle reconnaît de longue date la qualité de principe général à l'ensemble des ordres juridiques¹⁹. Autrement dit, le droit communautaire est interprété d'une telle manière que les Etats membres se trouvent obligés de renégocier spécifiquement la clause de transfert dans les accords bilatéraux d'investissement, et, en cas d'échec, de renoncer purement et simplement aux engagements réciproques contenus dans ces derniers²⁰. De cette manière, est évitée la mise en œuvre de la responsabilité d'un Etat membre au regard d'un accord international qu'il a ratifié et qu'il ne pourrait (même temporairement) plus appliquer en raison du droit communautaire. Force est du reste d'admettre que la solution retenue par la Cour favorise la sécurité juridique : elle vise en effet à éviter une situation dans laquelle un Etat membre, confronté à des mesures de restriction décidées par le Conseil, aurait à choisir entre le respect de ses obligations résultant du droit communautaire et celles qui lui incombent en vertu d'un accord international.

Il convient également de relever que la Cour n'a aucunement tenu compte de la circonstance que les clauses de transfert contenues dans certains des accords bilatéraux examinés dans ces affaires conditionnent la libre circulation des capitaux et les paiements au respect

de la législation des Etats qui y sont parties. La question aurait pu être posée de savoir si le droit communautaire ne fait pas à ce point partie intégrante des ordres juridiques des Etats membres qu'il relève de leur «*législation*». Une telle interprétation autoriserait alors l'Etat membre en cause à invoquer une stipulation de l'accord lui-même en vue d'échapper à des obligations qu'il contient et qui sont incompatibles avec le droit communautaire. Toutefois, comme le relève l'Avocat général POIARES MADURO, cette condition n'est pas reprise dans tous les accords bilatéraux d'investissement et il n'est pas certain que la «*législation*» d'un Etat membre comprenne également les normes adoptées par les institutions de l'Union dans l'exercice de leurs compétences²¹. Il nous semble également qu'une argumentation de cette nature, par un Etat membre, serait difficilement acceptable pour la plupart des Etats tiers parties à des accords bilatéraux d'investissement, ce d'autant que l'exercice par la Communauté de sa compétence en la matière serait susceptible de vider de l'essentiel de leur substance les obligations découlant de ces accords.

Notons encore que, si les affaires commentées se concentrent sur les clauses de transfert et l'obstacle qu'elles pourraient représenter à la pleine efficacité d'interventions futures du Conseil, les accords bilatéraux d'investissement pourraient présenter un autre problème de compatibilité avec le droit communautaire. La plupart de ces accords comportent en effet une clause prévoyant que les différends persistants entre parties doivent être portés devant un tribunal arbitral. Or, il est possible qu'un tel tribunal, saisi dans ces circonstances, serait appelé à se prononcer sur des questions de droit communautaire, notamment en vue de clarifier la portée des dispositions de droit primaire consacrées à la libre circulation des capitaux et des paiements et aux possibilités pour le Conseil ou les Etats membres d'y

¹⁹ V. CJCE, 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96, *Rec.* p. I-3655, point 49.

²⁰ La Cour a eu l'occasion de juger que si un Etat membre rencontre des difficultés rendant la modification d'un accord impossible, il lui incombe de dénoncer cet accord (CJCE, 14 septembre 1999, *Commission/Belgique*, aff. C-170/98, *Rec.* p. I-5493, point 42).

²¹ Conclusions préc., point 60. V. *contra*, M. POTESTÀ, «Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, p. 242. Cet auteur estime que, dans la mesure où ce renvoi à la législation des Etats membres couvre également le droit communautaire, la Cour aurait dû opérer une distinction, dans son analyse du manquement, selon la formulation de chacun des accords en cause.

apporter des restrictions. De plus, il est des cas dans lesquels un Etat membre n'a d'autre choix que d'accepter ce mode de règlement, pour peu que le différend persiste depuis un certain temps (en général, six mois)²². Cette situation met potentiellement les Etats membres, parties aux accords bilatéraux d'investissement, en porte-à-faux vis-à-vis de leur engagement de «*ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du [...] traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci*»²³. A l'instar des clauses de transfert, l'absence d'échappatoire explicite à la compétence d'un tel tribunal arbitral en vue de satisfaire aux exigences liées à l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pose question.

III. La portée du devoir de loyauté dans les domaines dans lesquels la Communauté n'a pas encore exercé sa compétence partagée

Dans les arrêts commentés, la Cour de justice donne une interprétation particulièrement dynamique de la portée de l'article 307, alinéa 2, CE, dont la substance est reprise à l'article 351, alinéa 2, TFUE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. A première vue, cette disposition se contente en effet d'enjoindre les Etats membres à faire en sorte que «*les incompatibilités constatées*» entre les accords internationaux qu'ils ont ratifiés et le droit communautaire soient éliminées. Les arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède* enseignent que le constat d'une telle incompatibilité ne suppose pas nécessairement un conflit consommé avec une norme

communautaire. L'incompatibilité, conçue plus simplement, est déjà susceptible de se faire jour en amont, et de prendre par exemple la forme d'une absence de garantie propre à éviter qu'une obligation internationale qui pèse sur un Etat membre ne fasse obstacle à la pleine efficacité d'un éventuel acte communautaire futur. Là se situe toute la subtilité du raisonnement de la Cour : si – comme n'ont pas manqué de le souligner les Etats membres qui ont participé à ces procédures en manquement – il est indéniable que l'incompatibilité future, résultant de l'exercice par la Communauté de sa compétence, est hypothétique, il n'en va pas de même de celle qui résulte des termes mêmes des accords, qui renferment une menace bien réelle pour l'effectivité du droit communautaire. La solution promue par la Cour s'inscrit dans le prolongement du devoir d'étroite coopération entre les Etats membres et les institutions, «*lorsqu'il apparaît que la matière d'un accord ou d'une convention relève pour partie de la compétence de la Communauté et pour partie de celle des Etats membres*»²⁴.

Par cette rigueur, la Cour adresse un signal particulièrement clair aux Etats membres qui avaient pu entretenir un sentiment d'impunité envers leurs accords de pré-adhésion, eu égard à la règle contenue à l'article 307, alinéa 1, CE²⁵. Les enseignements de ces arrêts ne se limitent d'ailleurs nullement à cette catégorie d'accords, puisque l'illégalité des clauses de transfert concerne de nombreux accords conclus par des Etats fondateurs après la création de la Communauté, ainsi que par des Etats adhérents à la suite de la date de leur adhésion à la Communauté²⁶. Ce dynamisme

²² V. par ex. l'art. 9, §2 de l'accord préc. entre la République de Corée et la République d'Autriche.

²³ Art. 292 CE (art. 344 TFUE). V. égal. CJCE, 30 mai 2006, *Commission/Irlande*, aff. C-459/03, *Rec.* p. I-4635. V. sur ce rapprochement N. LAVRANOS, «*Commission v. Austria*, Case C-205/06; *Commission v. Sweden*, Case C-249/06», *AJIL*, 2009, p. 719. L'application de tels accords bilatéraux d'investissement conclus entre des Etats membres pourrait également poser un problème de discrimination, en raison de l'application entre ces mêmes Etats d'un régime de circulation des investissements et des paiements plus favorable que celui qu'ils appliquent à un autre Etat membre, avec lequel ils n'ont pas conclu un accord. V., pour une mise en lumière de ce problème, N. LAVRANOS, «*Revisiting Article 307 EC : The Untouchable Core of Fundamental European Constitutional Values and Principles*», in F. FONTANELLI, G. MARTINICO et P. CARROZZA (eds), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, p. 140.

²⁴ CJCE, 14 novembre 1978, *Convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires*, délibération 1/78, *Rec.* p. 2151, points 34 à 36. Ce devoir est régulièrement rappelé par la Cour de justice. V. encore CJCE, 30 novembre 2009, *Accords portant sur l'octroi de compensations en considération de la modification et du retrait de certains engagements dans le cadre du GATS par suite de l'adhésion de nouveaux Etats membres à l'Union européenne*, avis 1/08, *nep.* point 136.

²⁵ N. LAVRANOS, *op. cit.*, p. 125.

²⁶ V. par ex. l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Afrique du Sud sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé à Paris le 11 octobre 1995, ou encore l'accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de l'Ukraine, relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements, signé à Londres le 10 février 1993.

de la Cour n'est, de plus, pas propre à l'interprétation fonctionnelle de l'article 307, alinéa 2, CE. C'est ainsi que, dans son *avis I/03*, la Cour a examiné l'existence d'une compétence externe implicite exclusive de la Communauté pour conclure la nouvelle Convention de Lugano en prenant en considération non seulement l'état du droit communautaire dans les domaines concernés par cette Convention au moment où elle devait rendre cet avis, mais également ses perspectives d'évolution²⁷. De même, la Cour a-t-elle jugé que la seule circonstance que la Communauté n'est pas membre d'une organisation internationale n'autorise pas un État membre, agissant à titre individuel au sein de cette organisation, à prendre des initiatives susceptibles d'affecter des règles communautaires, même s'il ne s'agit que du dépôt d'une proposition dont les chances d'aboutir à un acte contraignant sont incertaines²⁸.

Cela étant, caractérisé par un examen fonctionnel du risque d'atteinte à l'effectivité du droit communautaire, le raisonnement retenu par la Cour dans les arrêts commentés n'indique pas que toute convention internationale conclue par les Etats membres dans un domaine de compétence partagée et rendant plus difficile l'exercice de sa compétence par la Communauté – aujourd'hui, l'Union – doit être tenue pour contraire au droit de l'Union. Les arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède* ne sauraient en effet être compris hors du contexte spécifique des investissements directs étrangers, qui exige que le Conseil soit en mesure de restreindre dans l'urgence les mouvements de capitaux et les paiements à destination ou en provenance d'un Etat tiers²⁹. Autrement dit, un manquement ne saurait être constaté en présence de tout inconvénient, même mineur. Toute autre solution donnerait à l'article 307, alinéa 2, CE une portée plus large

que celle qui découle du devoir de coopération loyale, en faisant de cette disposition un véritable instrument d'ajustement de la répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté³⁰.

A cet égard, la seule circonstance que la Cour n'a pas constaté l'existence d'un manquement au principe de coopération loyale dans les arrêts commentés ne saurait leurrer. L'obligation de renégociation de conventions incompatibles avec le droit communautaire, contenue à l'article 307, alinéa 2, CE, n'est en effet qu'une manifestation parmi d'autres du devoir qu'ont les Etats membres de prendre «*toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du [...] traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté*»³¹. Les arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède* sont, de ce point de vue, une nouvelle manifestation des potentialités que renferme le principe de coopération loyale dans le droit des relations extérieures. Il est significatif de ce point de vue que, dans un domaine de compétence partagée, comme celui des investissements directs étrangers avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, et en l'absence ou presque de droit dérivé, seul un manquement au devoir de coopération loyale ou à son expression spécifique à l'article 307, alinéa 2, CE est concevable, dès lors que les Etats membres conservent un pouvoir d'action³². Pour cette raison, il était inutile d'attendre de la Cour qu'elle prononce, dans les arrêts commentés, une interdiction de légiférer pour les Etats membres, en vue d'éviter tout conflit avec un acte futur adopté par la Communauté³³. Il n'en va pas de même lorsqu'un Etat membre enfreint la compétence exclusive de l'Union, par exemple en soumettant à une organisation internationale une proposition qui,

²⁷ CJCE, 7 février 2006, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, avis I/03, *Rec. p. I-1145*, point 126.

²⁸ CJCE, 12 février 2009, *Commission/Grèce*, aff. C-45/07, *nep*, points 30 à 33.

²⁹ C'est ce qui se déduit du point 36 de l'arrêt *Commission/Autriche* et du point 37 de l'arrêt *Commission/Suède*. V. égal. en ce sens P. ECKHOUT, «Investment Treaties and EU Law», *IJEL talks* (www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/#comments), 2009.

³⁰ V. dans le même sens, P. KOUTRAKOS, «Comment on Case C-205/06, *Commission v. Austria*, and Case C-249/06, *Commission v. Sweden*», *CML Rev.*, 2009, p. 2068.

³¹ Art. 10 CE (art. 4, §3 TUE). V. égal. dans le même sens P. KOUTRAKOS, *ibid.*, p. 2066.

³² V. par exemple, pour une application de ce principe au domaine de la protection de l'environnement contre les substances dangereuses, les conclusions présentées le 1^{er} octobre 2009 par l'Avocat général POIARES MADURO dans l'affaire C-246/07 (*Commission/Suède*, toujours pendante). Ce dernier propose ainsi à la Cour de fonder le manquement de la Suède sur le seul article 10 CE.

³³ Comp. B. PIRKER, «Arrêts '*Commission c/Autriche*' et '*Commission c/Suède*'», *RDUE*, 2009, p. 350.

si elle était adoptée, serait susceptible d'affecter la législation communautaire existante. Dans un tel cas, la Cour peut constater un manquement non seulement au principe de coopération loyale, mais aussi aux dispositions des traités qui fondent la compétence externe exclusive de la Communauté³⁴.

La Cour de justice n'a du reste pas repris à son compte le parallèle établi par l'Avocat général POIARES MADURO avec les obligations qui pèsent sur les Etats membres avant le délai de transposition d'une directive. Ceci s'explique probablement par le fait que, dans ce dernier cas, et à la différence de la situation à l'origine des recours en manquement examinés, les Etats membres connaissent très précisément la teneur de la directive à transposer, et la date à partir de laquelle leur droit doit être mis en conformité avec celle-ci³⁵. S'il avait été entériné par la Cour dans les arrêts commentés, un tel parallèle aurait pu donner le sentiment aux Etats membres qu'ils sont empêchés d'exercer une compétence qu'ils partagent avec la Communauté, transformant en quelque sorte une compétence partagée en une compétence exclusive³⁶. La Cour préfère souligner que, si les Etats membres, en l'absence ou presque d'intervention de la Communauté, demeurent compétents pour conclure des accords internationaux dans le domaine des mouvements de capitaux et des paiements à destination ou en provenance des pays tiers, le devoir de coopération loyale les enjoint néanmoins à se ménager des instruments juridiques de nature à assurer l'efficacité d'une législation communautaire future. Si un rapprochement semble possible avec l'effet des directives dont le délai de transposition n'a pas encore expiré, c'est donc plutôt sous

l'angle de l'effectivité qu'il convient de le rechercher³⁷.

La question peut être posée de savoir si la Cour aurait dû s'inspirer en l'espèce de la jurisprudence *Intertanko*, en indiquant que, à l'occasion de l'exercice de ses compétences de régulation des échanges de capitaux et de paiements, le Conseil devrait tenir compte de ce que les Etats membres sont tous parties à des accords bilatéraux d'investissement, dont un grand nombre contiennent une clause de transfert³⁸. Selon un auteur, une telle indication aurait été de nature à faire obstacle au constat d'une incompatibilité au sens de l'article 307, alinéa 2, CE, puisque l'exercice futur, par le Conseil, de la compétence qu'il tire du traité, aurait été subordonné au respect des obligations de droit international qui découlent des clauses de transfert en question pour les Etats membres³⁹. Il est douteux, toutefois, que la jurisprudence *Intertanko* eut été susceptible d'emporter un tel effet. Dans cet arrêt, la Cour s'est bornée à indiquer que, dès lors qu'un accord international auquel la Communauté n'est pas partie lie «l'ensemble des Etats membres», cette dernière circonstance est «susceptible d'avoir des conséquences» pour l'interprétation du droit communautaire. Il s'agit d'une conséquence directe du devoir de coopération loyale visé à l'article 10 CE, ainsi que du principe coutumier de bonne foi dans les relations internationales. Cet effet trouve par contre dans ce fondement sa propre limite. Comme il a été indiqué plus haut, la coopération loyale n'a pas d'implication directe sur l'attribution des compétences en droit communautaire. En aucun cas, le principe identifié par la Cour dans l'arrêt *Intertanko* n'est dès lors en mesure, selon nous, de justifier une limite quelconque à l'exercice par le Conseil des compétences qu'il tire du Traité⁴⁰. Qui plus est, et en tout état de cause, l'incidence identifiée

³⁴ V. par exemple, à propos d'une proposition présentée par la Grèce à l'Organisation Internationale Maritime, relative au contrôle de la conformité des navires et des installations portuaires, l'arrêt *Commission/Grèce*, préc.

³⁵ V. not. en ce sens B. PIRKER, *op. cit.*, p. 351; M. POTESTÀ, *op. cit.*, pp. 241 et 242.

³⁶ Un tel risque avait d'ailleurs été souligné par l'Avocat général POIARES MADURO lui-même dans ses conclusions présentées dans les affaires qui ont donné lieu aux arrêts commentés (v. les conclusions préc., point 28). Le Professeur KOUTRAKOS relève fort justement la «différence qualitative» entre les obligations qui résultent, pour les Etats membres, de l'adoption d'une directive qui doit encore faire l'objet d'une transposition, et du devoir de coopération loyale dans le domaine des relations extérieures, tel qu'il est précisé à l'article 307 CE (P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 2069).

³⁷ V. en ce sens le parallélisme proposé par l'Avocat général Eleanor SHARPSTON dans ses conclusions présentées le 10 septembre 2009 dans l'affaire C-118/07, qui concerne également les clauses de transfert dans les accords bilatéraux d'investissement (*Commission/Finlande*, points 28 à 32).

³⁸ CJCE, 3 juin 2008, *Intertanko*, aff. C-308/06, *Rec. p. I-4057*.

³⁹ V. P. ECKHOUT, *op. cit.*

⁴⁰ Dans cet arrêt, la Cour s'est d'ailleurs bien gardée de reconnaître aux dispositions de la Convention Marpol 73/78 un effet de primauté sur la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions. V. à ce sujet S. ADAM, P. DEVISSCHER, P. VAN ELSUWEGE, «Chronique de jurisprudence communautaire. Les relations extérieures (1^{er} janvier 2006-31 décembre 2008)», *CDE*, 2009-3/4, pp. 506 à 508.

dans l'arrêt *Intertanko* est conditionnée à l'existence d'un seul et même accord international, ratifié par l'ensemble des Etats membres⁴¹. Un faisceau d'accords, conclus avec différents Etats tiers et dont le contenu est variable, n'a par contre aucun effet particulier sur l'interprétation du droit communautaire⁴². Une solution différente compliquerait considérablement la mission de la Cour de justice, puisque cette dernière devrait vérifier dans chaque cas d'espèce si les obligations découlant pour un Etat membre d'une convention conclue avec un ou plusieurs Etats tiers connaissent un équivalent dans d'autres Etats membres, et, dans l'affirmative, interpréter le droit communautaire en tenant compte de ces obligations. Une telle conséquence menacerait au demeurant l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

Comme il a été relevé plus haut, la Cour n'aborde en outre que très brièvement la possibilité de faire usage de mécanismes de droit international public en vue d'assurer que l'efficacité d'une éventuelle mesure communautaire future ne soit pas mise à mal par l'application des accords bilatéraux à l'examen. La suspension ou la dénonciation de ces accords ou de certaines de leurs stipulations sont ainsi jugées «*trop incertaine[s] dans [leurs] effets*» pour garantir un tel résultat. Quant à l'argument de l'Autriche et de la Suède fondé sur la maxime *clausula rebus sic stantibus*, la Cour ne juge tout simplement pas nécessaire d'y répondre. De même, la Cour s'abstient d'explorer les interprétations envisageables des accords bilatéraux d'investissement, en particulier leurs clauses de transfert, en vue de retenir celle qui permettrait éventuellement la mise en œuvre efficace de mesures décidées par le Conseil pour restreindre les mouvements de capitaux et les paiements à destination ou en provenance d'un Etat tiers. Certains regrettent cette attitude, qui contraste avec l'instruction donnée par la Cour aux juges nationaux, notamment dans l'arrêt *Budvar*, de «*vérifier si une éventuelle incompatibilité entre le traité et [une] convention*

bilatérale peut être évitée en donnant à celle-ci, dans toute la mesure du possible et dans le respect du droit international, une interprétation conforme au droit communautaire»⁴³. Le peu de cas prêté par la Cour aux obligations de droit international qui pèsent sur les Etats membres, et par là même aux intérêts des Etats tiers parties aux accords bilatéraux d'investissement, a également été dénoncé⁴⁴. Pourtant, cet aspect des arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède* ne surprend guère. La Cour n'exclut pas que des mécanismes du droit international public puissent, dans certaines hypothèses, autoriser un Etat membre à laisser inappliquées – temporairement ou non – ses obligations découlant d'un accord international, en vue de mettre en œuvre un acte communautaire. Dès lors toutefois qu'une telle issue est loin d'être évidente, la Cour, plutôt que de se risquer à des conjectures sur l'interprétation qui pourrait être retenue des accords en question⁴⁵, préfère promouvoir une solution qui garantisse la sécurité juridique et, par la même occasion, l'effectivité du droit communautaire. Les Etats membres sont ainsi invités à renégocier les accords bilatéraux d'investissement en vue d'y insérer une clause «*O.I.E.R.*» (organisations d'intégration économique régionale)⁴⁶. Ce faisant, la Cour évite de se poser en arbitre de droit international public, une tendance déjà nettement perceptible dans l'arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation*⁴⁷.

Enfin, l'une des originalités de ces arrêts tient à la prise en compte par la Cour de l'existence

⁴¹ V. en ce sens CJCE, 24 juin 2008, *Commune de Mesquer*, aff. C-188/07, *Rec.* p. I-4501, point 85.

⁴² La question pourrait toutefois être posée de savoir si des accords bilatéraux dont le contenu est identique ou presque et qui sont conclus par l'ensemble des Etats membres avec un même Etat tiers ou groupe d'Etats tiers ne devraient pas emporter un effet similaire à celui attaché par la Cour à la Convention Marpol 73/78 dans l'arrêt *Intertanko*.

⁴³ Point 169 de l'arrêt *Budvar*, préc. Le Professeur KOUTRAKOS estime par exemple cette différence injustifiable (*op. cit.*, p. 2070).

⁴⁴ N. LAVRANOS, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁵ Il est d'ailleurs significatif à cet égard que dans l'arrêt *Budvar* (préc.), la Cour se soit abstenue d'interpréter elle-même la convention bilatérale en cause, laissant cette tâche au juge national.

⁴⁶ Il semble ainsi permis d'évoquer une véritable obligation de résultat (E. NEFRAMI, «CJCE, C45/07, *Commission c/République hellénique*; C-205-06, *Commission c/Autriche*; C-249/06, *Commission c/Suède*», *RTDE*, 2009, pp. 617 à 619). Ce souci de favoriser, parmi plusieurs options possibles, celle qui garantit au mieux les intérêts de la Communauté, se retrouve dans d'autres domaines du droit des relations extérieures. Il est ainsi constant que la compétence interprétative de la Cour de justice envers un accord mixte n'est pas limitée aux domaines qui ont fait l'objet d'une harmonisation complète en droit communautaire (v. en ce sens, CJCE, 7 octobre 2004, *Commission/France [«Etang de Berre»]*, aff. C-239/03, *Rec.* p. I-9325, point 30).

⁴⁷ Dans cet arrêt, la Cour, contrairement au Tribunal, s'est en effet refusée d'examiner la légalité de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies à l'origine du règlement attaqué, pas même au regard du *jus cogens* (CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, aff. jointes C-402 et 415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, point 287).

d'une multitude d'accords bilatéraux d'investissement du même type que ceux au cœur des débats, conclus par d'autres Etats membres que l'Autriche et la Suède avec des Etats tiers. La République de Hongrie, dans ses observations présentées à la Cour, s'était en effet interrogée sur les conséquences des recours en manquement de la Commission sur ces autres accords⁴⁸. La Cour souligne que, en vertu de l'article 307, alinéa 2, CE, les Etats membres, en cas de besoin, se prêtent une assistance mutuelle en vue d'éliminer les incompatibilités entre leurs obligations internationales et le droit communautaire, en adoptant une attitude commune si cela s'avère nécessaire. Il est de la responsabilité de la Commission, chargée de veiller à l'application du Traité, de suggérer toute mesure susceptible de faciliter l'assistance mutuelle entre les Etats membres concernés ainsi que l'adoption par ces mêmes Etats d'une attitude commune⁴⁹. La Cour mesure ainsi l'impact du constat de manquement sur les centaines d'accords existants, qui ne comprennent pas non plus de stipulation réservant aux Etats membres qui les ont ratifiés une possibilité d'échapper – même temporairement – aux obligations qui en découlent en vue d'appliquer d'éventuelles mesures de régulation décidées par le Conseil. Elle soulignait, par la même occasion, que l'initiative est désormais clairement au législateur communautaire.

IV. | Le bouleversement lié à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne

Les effets des arrêts *Commission/Autriche* et *Commission/Suède* sont néanmoins bouleversés par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, dont le sort était encore incertain au moment de leur prononcé. Ainsi qu'il a été souligné à plusieurs reprises, le manquement de l'Autriche et de la Suède trouve sa source dans une incompatibilité matérielle entre les clauses de transfert contenues dans les accords internationaux conclus par ces Etats membres et l'exigence d'effectivité d'éventuelles mesures de restriction des mouvements de capitaux et des paiements décidées par le

Conseil. En l'absence de préemption, les Etats membres demeureraient par contre compétents pour renégocier de tels accords⁵⁰. L'inexistence d'une affectation au sens de la jurisprudence *AETR*⁵¹ procédait de l'absence ou presque de toute mesure communautaire portant régulation des mouvements de capitaux et des paiements avec les Etats tiers concernés⁵².

Les investissements directs étrangers ressortissent désormais à la politique commerciale commune, et donc à la compétence exclusive de l'Union⁵³. La conséquence principale de cette modification est que l'Union est désormais seule compétente pour renégocier et conclure des accords dans le domaine des investissements directs étrangers. Le traité de Lisbonne semble d'ailleurs imposer au Parlement européen et au Conseil de développer une politique extérieure dans le domaine des mouvements de capitaux et des paiements, ce qui devrait notamment passer par la conclusion d'accords externes⁵⁴. Inversement, les Etats membres ne sont, en principe, plus en mesure de renégocier seuls leurs accords bilatéraux d'investissement, pas même en vue de les rendre compatibles avec les exigences formulées par la Cour.

Sur un plan pratique, toutefois, il n'est pas certain que la Commission soit elle-même en mesure d'engager des négociations en vue de

⁵⁰ V. égal. en ce sens le point 28 des conclusions présentées par l'Avocat général POIARES MADURO dans les affaires commentées.

⁵¹ CJCE, 31 mars 1971, *Commission/Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* p. 263.

⁵² Une telle situation contrastait notamment avec les normes de droit dérivé dans le domaine du transport aérien. C'est en effet à l'aune d'un examen de l'impact d'obligations internationales des Etats membres sur ces normes que la Cour, dans ses arrêts «Ciel ouvert», a identifié une compétence externe implicite exclusive en faveur de la Communauté (CJCE, 5 novembre 2002, (7 arrêts) *Commission/Danemark*, aff. C-467/98, *Rec.* p. I-9519, points 83 et 84; *Commission/Suède*, aff. C-468/98, *Rec.* p. I-9575, points 79 et 80; *Commission/Finlande*, aff. C-469/98, *Rec.* p. I-9627, points 83 et 84; *Commission/Belgique*, aff. C-471/98, *Rec.* p. I-9681, points 96 et 97; *Commission/Luxembourg*, aff. C-472/98, *Rec.* p. I-9741, points 89 et 90; *Commission/Autriche*, aff. C-475/98, *Rec.* p. I-9797, points 98 et 99; *Commission/Allemagne*, aff. C-476/98, *Rec.* p. I-9855, points 109 et 110).

⁵³ Art. 207, §1 TFUE. V., pour une mise en lumière de l'impact de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sur les accords bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres, le Rapport annuel 2009 présenté à la Commission et au Conseil par le Comité économique et financier (ECF), sur les mouvements de capitaux et la libre circulation des paiements, doc. Conseil, 17446/09, 10 déc. 2009, p. 5.

⁵⁴ Art. 64, §2 TFUE, dont la formulation contraste avec la simple faculté autrefois reconnue au Conseil par l'article 57, §2 CE.

⁴⁸ Point 22 de l'arrêt *Commission/Suède*.

⁴⁹ Point 44 de l'arrêt *Commission/Autriche* et point 44 de l'arrêt *Commission/Suède*.

substituer aux centaines d'accords existants, à bref délai, des accords internationaux conclus par l'Union⁵⁵. Une solution pourrait passer par l'adoption, par la Commission, de mesures de coordination concernant la renégociation, par les Etats membres, de leurs accords bilatéraux d'investissement⁵⁶. Les Etats membres se verraient ainsi spécifiquement habilités à renégocier ces accords en respectant certaines obligations procédurales et de fond. S'inspirant de ce qui s'est fait dans le domaine du transport aérien suite aux arrêts «*Ciel ouvert*»⁵⁷, une telle coordination aurait nécessairement pour but, conformément aux arrêts commentés, de rendre ces accords internationaux parfaitement compatibles avec le droit de l'Union, dans l'attente de la conclusion d'accords par l'Union elle-même. Une telle délégation de l'exercice d'une compétence exclusive, pour peu qu'elle ne revienne pas à un abandon par les institutions de l'Union des responsabilités

qui leur sont confiées par les traités, semble permise lorsque des circonstances spécifiques le justifient, par exemple lorsque les Etats membres ont conclu un nombre à ce point élevé d'accords internationaux que leur substitution immédiate par des accords conclus par l'Union s'avérerait matériellement impossible. L'éventualité que l'Union voie sa compétence exercée solidairement par les Etats membres, dans son intérêt, a d'ailleurs été admise à l'occasion de l'*avis 2/91*, même si, dans ce cas, l'impossibilité tenant à l'exercice de cette compétence était de nature juridique et non pas matérielle⁵⁸.

Dans l'attente, la Commission ne semble en tout cas avoir d'autre choix que de tolérer la subsistance dans les ordres juridiques des Etats membres d'accords internationaux d'investissement incompatibles avec le droit de l'Union, car dépourvus des garanties indispensables à une pleine effectivité des mesures que le Conseil – désormais accompagné dans certains cas du Parlement européen – pourrait être appelé à prendre pour réguler les mouvements de capitaux et les paiements à destination ou en provenance de pays tiers.

⁵⁵ Il en va d'autant plus ainsi que la conclusion de tels accords requiert l'unanimité au sein du Conseil dès lors qu'ils constituent un recul dans le droit de l'Union en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers (art. 64, §3 et art. 207, §4, al. 2 TFUE).

⁵⁶ V. égal., pour une évocation de cette possibilité, P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, pp. 2074 et 2075.

⁵⁷ V. le Règlement (CE) n° 847/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la négociation et la mise en œuvre d'accords relatifs à des services aériens entre les Etats membres et les pays tiers, *JOUE* n° L 157, 30 avril 2004, p. 7. Ce Règlement faisait suite au constat par la Cour, dans plusieurs arrêts, que les Etats membres ne pouvaient pas conclure seuls des accords dits «*Ciel ouvert*» (v. les arrêts cités note 52). V. égal. à ce sujet, la communication de la Commission européenne, Développer l'agenda de la politique extérieure de l'aviation de la Communauté, *COM (2005) 79 final*, 11 mars 2005.

⁵⁸ CJCE, 19 mars 1993, *Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail*, *avis 2/91*, *Rec. p. I-1061*, point 5.